

## SENT N° 157

### CASACIÓN

En la ciudad de San Miguel de Tucumán, a Veintidos (22) de Abril de dos mil trece, reunidos los señores vocales de la Excma. Corte Suprema de Justicia, de la Sala en lo Civil y Penal, integrada por los señores vocales doctores Antonio Daniel Estofán, Antonio Gandur y Daniel Oscar Posse, bajo la Presidencia de su titular doctor Antonio Daniel Estofán, para considerar y decidir sobre el recurso de casación interpuesto por la parte demandada en autos: **“Alu Patricio Alejandro vs. Banco Columbia S.A. s/ Sumarísimo (Residual)”**.

Establecido el orden de votación de la siguiente manera: doctores Daniel Oscar Posse, Antonio Gandur y Antonio Daniel Estofán, se procedió a la misma con el siguiente resultado:

*El señor vocal doctor Daniel Oscar Posse*, dijo:

I.- Que viene a conocimiento y resolución de esta Corte Suprema de Justicia de Tucumán, el recurso de Casación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia N° 29 del 28 de febrero de 2012 expedida por la Excma. Cámara Civil y Comercial Común (Sala II). En dicho pronunciamiento se resuelven las apelaciones interpuestas por ambas partes del litigio en contra de la sentencia de Iª Instancia N° 326 del 17 de junio de 2011, expedida por el Juez en lo Civil y Comercial Común de la Vª Nominación, a la que modifica parcialmente imponiendo la multa por daño punitivo prevista en el art. 52 bis de la Ley N° 24.240 (incorporado por Ley N° 26.361).

Por esta sentencia de Iª Instancia se hizo lugar parcialmente a la acción sumarísima deducida por el demandante, condenando en consecuencia al demandado a pagar la suma de \$ 15.000 (pesos quince mil) en concepto de indemnización por daño moral más los intereses que correspondan, rechazando el rubro de daño punitivo.

II.- La sentencia cuestionada en casación, en lo pertinente al recurso tentado, dispone receptar la queja relativa a la procedencia de los daños punitivos por la conducta de la demandada posterior a la vigencia de la Ley N° 26.361. Entiende (citando doctrina) que el instituto se define “...por sumas otorgadas al actor por encima de las pérdidas reales con el propósito de castigar a una conducta fuertemente reprochable y para disuadir al demandado y a otros de imitar esta conducta en el futuro”.

El pronunciamiento descarta cualquier especulación sobre la naturaleza del instituto del “daño punitivo” a partir de su recepción legislativa como art. 52 bis introducido por Ley N° 26.361 en la Ley de Defensa del Consumidor (N° 24.240). Para el fallo, dicha sanción es una pena civil pecuniaria que tiene carácter sancionatorio y disuasorio, no apunta a mantener la indemnidad de la víctima y es independiente de otras indemnizaciones.

Encuentra justificada la imposición de los daños punitivos en la conducta de la demandada fijando el monto de la sanción en \$ 3.000 (pesos tres mil).

Manifiesta que se acreditó con informe del Banco Central de la República Argentina (en adelante BCRA) que el actor estuvo calificado como deudor moroso (calificación 5) desde noviembre de 2003 hasta mayo del 2007 por el Banco demandado.

Lo relevante para la aplicación de la multa es el período cumplido desde noviembre de 2007 a junio de 2009 en el que el actor aparece con idéntica calificación por el Fideicomiso Financiero Privado Columbia, del cual la entidad demandada resulta ser la fiduciante y cedente de la información.

La decisión manifiesta que ello ocurrió, no obstante haberse dictado sentencia en la causa caratulada “Alú Patricio Alejandro c/ Banco Columbia s/ Habeas data” de fecha 06 de noviembre de 2006 expedida por el Juzgado Civil y Comercial Común de la Iª Nominación, por la que se condenó al Banco Columbia a rectificar el nombre del actor, al no contar deuda alguna con Citibank ni con el Banco Columbia. Dicha sentencia fue confirmada en todos sus términos por la Sala III de la Excm. Cámara. en lo Civil y Comercial Común.

III.- El escrito recursivo, luego de justificar la admisibilidad del remedio casatorio, considera que el fallo es “...arbitrario, infundado e irracional...” por errónea aplicación del derecho, incurriendo en “arbitrariedad fáctica”. El recurrente se agravia porque entiende violado el principio de irretroactividad de la ley consagrado por el artículo 3 del Código Civil. Considera que el fallo impone una pena que nada tiene que ver con un eventual resarcimiento para el accionante, que no precisa la conducta prohibida generadora de la misma, ni el factor subjetivo de atribución, ni las pautas mínimas de su graduación.

En concreto sostiene que el Banco Columbia no es responsable por la información remitida al BCRA por el Fideicomiso Financiero Privado Columbia del cual es Fiduciario. Afirma que la sentencia citada le imponía la obligación de dejar de informar al actor en el BCRA pero que ello no era óbice para que la deuda no pueda ser cedida, siendo el cesionario el responsable de la información remitida.

Afirma que el demandado fue notificado de la sentencia mucho tiempo después y que, en todo caso, el incumplimiento debió dar lugar a una ejecución de sentencia en el marco de la acción de Habeas Data más no a la imposición de la multa sobre todo teniendo en cuenta que la Ley N° 26.361 entró en vigencia el 07 de abril de 2008.

Entiende el recurrente que el instituto del daño punitivo es inaplicable en nuestro derecho, que no concibe la existencia de las llamadas “penas privadas” y que es inconstitucional por conformar un “tipo penal abierto” contrario al artículo 18 de la Constitución Nacional, al artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, los artículos 8 y 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Afirma que aún cuando se admitiere la procedencia del instituto, es de aplicación restringida. Sostiene que no se encuentran reunidos los requisitos para su admisibilidad, que están referidos a conductas graves en las que el responsable causó un perjuicio a sabiendas de que el beneficio que obtendría con la actividad nociva, supera el valor desembolsado para repararlo.

Manifiesta que no se verifica en la actuación del Banco Columbia la obtención de lucro alguno y que el simple cumplimiento que le impone el BCRA como su entidad de contralor no puede traer ningún lucro a costa del actor. Expresa que la remisión de información errónea carece de todo contenido económico y que el instituto cuestionado no se aplica a una relación contractual como la celebrada con el actor.

Para el recurrente, el fallo de Cámara no indica la conducta reprochable que justifica la multa: o es la información remitida por el fideicomiso, o la remitida por el Banco luego de la sentencia de Habeas Data o la cesión celebrada con el Fideicomiso. Por último propone doctrina legal y hace reserva del caso federal.

IV.- A fs. 240 la representación de la parte actora contesta el traslado y trata los argumentos del recurrente. Entiende que no concurren los extremos que configuran la “arbitrariedad fáctica” denunciada, por lo que no corresponde la apertura de la casación. Sostiene que los agravios esgrimidos han sido vertidos al contestar la demanda y fundar la apelación en el proceso de Habeas Data, que su representado no es deudor moroso

como pretende el demandado en contra de lo dispuesto por la sentencia de Iª Instancia y la confirmatoria de la Cámara.

Afirma que la responsabilidad del Banco Columbia ha quedado firme como consecuencia del mal manejo de los datos del actor y que hizo caso omiso de la sentencia de Habeas Data con la creación del fideicomiso con el mismo banco como fiduciante.

Sostiene que es claro el art. 52 bis, incorporado por la Ley N° 26.361, cuando alude al incumplimiento de obligaciones legales o contractuales no exigiendo la obtención de lucro por parte del proveedor como lo pretende el demandado.

Entiende que el Banco Columbia incumplió obligaciones legales derivadas del “Régimen sobre rectificaciones financieras y/o exclusiones de la Central de Deudores del Sistema Financiero del BCRA”.

Advierte asimismo que el actor no era deudor de Banco Columbia ni de Provencred ni del Fideicomiso, por lo que el Banco no puede transmitir un derecho que no posee (art. 3270 del Código Civil). Por último desarrolla en particular los agravios esgrimidos por el recurrente y solicita que se declare inadmisibile el recurso.

V.- La casación fue concedida por sentencia N° 99 de la Excma. Cámara en lo Civil y Comercial Común (Sala II), de fecha 08 de mayo de 2012. Entiende el fallo que concede el recurso, que el mismo es admisible por que se interpuso contra sentencia definitiva, se funda en infracción a normas de derecho de fondo e invoca arbitrariedad.

VI.- Atento a lo referido en los párrafos precedentes corresponde a esta Corte Suprema expedirse en definitiva sobre la admisibilidad y en su caso sobre la procedencia del remedio tentado.

De la lectura del recurso interpuesto, surge que el escrito casatorio se ajusta a lo prescripto por el art. 751 (CPCCT) por haber sido deducido en término, ser autosuficiente, citar normas que estima infringidas y proponer doctrina legal que considera aplicable al caso. Aduce el recurrente que el fallo en crisis incurrió en arbitrariedad, infracción a norma de derecho y al principio de congruencia.

Se acredita el depósito exigido por el art. 752 (CPCCT) con la boleta respectiva y la sentencia cuestionada pone fin al juicio, por lo que queda comprendida en las previsiones del art. 748 inc. “1” (CPCCT).

En virtud de lo expuesto y estando bien concedido el recurso de casación por superar el análisis de admisibilidad, corresponde el examen de su procedencia.

VII.- De la compulsión del escrito casatorio con los antecedentes de la causa, surge que no asiste razón al recurrente y que el remedio intentado no puede prosperar.

Son puntos dirimientes que hacen al examen de la procedencia casatoria: la invocada violación del principio de irretroactividad de la ley y en concreto del artículo 3° del Código Civil, la inconstitucionalidad del instituto del “Daño Punitivo” y por último la supuesta arbitrariedad fáctica en la que habría incurrido el fallo por imputar al Banco Columbia la remisión al BCRA de la información sobre el actor, realizada por el Fideicomiso Financiero Privado Columbia.

En relación al primer punto, cabe destacar que la previsión del art. 52 bis de la Ley N° 24.240 (incorporado por la Ley N° 26.361) instituye la figura de una “multa civil” a favor del consumidor y a instancias del proveedor.

Esta sanción tiene como presupuesto el incumplimiento de obligaciones legales o contractuales y como principio general se aplica desde su entrada en vigencia (ocurrida el 07 de abril de 2008), aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes, conforme lo dispuesto en el artículo 3° del Código Civil.

En el caso que analizamos el incumplimiento de las obligaciones legales del Banco en relación al “Régimen sobre rectificaciones financieras y/o exclusiones de la Central de

Deudores del Sistema Financiero del BCRA”, ha sido corroborado por una sentencia condenatoria de fecha 06 de septiembre de 2006 y confirmado por una sentencia de apelación de fecha 17 de abril de 2007. Sin embargo y a pesar de las mencionadas decisiones el incumplimiento ha continuado en el tiempo hasta junio de 2009, lo que motiva el posterior reclamo por daños que llega a esta instancia casatoria.

Es importante destacar que no estamos ante una infracción instantánea cuya consumación se perfecciona en un solo momento aunque sus efectos puedan ser permanentes. Estamos ante una infracción permanente que persiste en el tiempo, que consiste en una conducta omisiva de un deber legal y que tiene carácter consumatorio mientras dure la actitud infractora o antijurídica.

El art. 52 bis de la Ley N° 24.240 dispone la aplicación de una multa “...al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor...”. El incumplimiento es tal mientras se prolonga en el tiempo y cualquier fragmento temporal posterior al momento inicial constituye un presupuesto que habilita la sanción prevista en la norma. La infracción se consume a cada momento y mientras dura la actitud omisiva.

En este contexto se condenó al Banco Columbia a “...rectificar el nombre del actor por no contar deuda alguna con Citibank ni con Columbia...”. Dicha obligación queda firme en abril de 2007 y requería del condenado una acción positiva consistente en arbitrar los medios necesarios para que se depure la base de datos que contenía al actor como deudor incobrable en el BCRA, lo que no se verificó hasta 2009.

La regulación del instituto del daño punitivo, a partir de 2008, es comprensiva de la conducta violatoria y omisiva del Banco Columbia respecto de la obligación legal y luego sentencial y configura a partir de ese momento un presupuesto que hace operativa la sanción prevista en la norma.

No estamos ante una aplicación retroactiva de dicha norma ya que la misma rige a partir de su entrada en vigencia “...para las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes...”, en el marco de lo dispuesto en el art. 3° del Código Civil. La sentencia condenatoria a la que el Banco Columbia no ha dado cumplimiento, es una situación jurídica existente y actual que a partir de la entrada en vigencia del instituto del daño punitivo, además configura un presupuesto también actual para la aplicación de la sanción prevista por el art. 52 bis de la Ley N° 24.240 (incorporado por la Ley N° 26.361).

En relación al segundo punto, el recurrente afirma que el daño punitivo es inconstitucional por configurar un tipo penal abierto, violatorio del art. 18 de la Constitución Nacional. Cabe destacar que la figura del daño punitivo ha sido insertada por nuestro legislador en el ámbito de las relaciones contractuales propias del derecho privado, aunque con importantes implicancias públicas.

La ilicitud en el derecho en general tiene dos derivaciones posibles, la punibilidad y el resarcimiento. El ilícito penal es retributivo y está condicionado por la tipicidad, sin la cual no puede haber ilicitud. Debe configurarse el tipo penal para que pueda aplicarse la pena prevista en la norma. Por su parte el ilícito civil es en principio resarcitorio, el presupuesto de la responsabilidad civil prescinde de la tipicidad y se basa en tres pilares: el principio “Alterum non laedere” que impone la obligación de no dañar al otro, el nexo de causalidad entre el comportamiento del demandado y el daño invocado y por último en el criterio de imputación de responsabilidad (negligencia, culpa, dolo, riesgo o ex lege).

En el tráfico de las relaciones privadas prevalece el principio de la autonomía de la voluntad, surgido históricamente para enervar la posibilidad del abuso del estado frente al ciudadano.

Sin embargo en las relaciones privadas también se producen situaciones abusivas que dejan indefensa a la persona, pero no frente al estado sino frente a importantes corporaciones que generan relaciones asimétricas con quienes contratan sus servicios o prestaciones o aún frente a terceros que no han contratado con ellas pero que quedan a expensas de sus decisiones.

Esto ha motivado al legislador a “publicar” en alguna medida el derecho privado en algunos sectores, tales como la hoy denominada “relación de consumo” y a incluir sanciones que pueden aplicarse a una de las partes de esta relación, pero desde los presupuestos civiles de responsabilidad.

Este tipo de sanción en el Derecho del Consumidor no tiene la misma estructura que la sanción penal, vinculada a la prevención o represión de la delincuencia y en la que debe prevalecer el denominado “Principio pro Homine” por que las consecuencias de la acción penal repercuten en la persona humana de manera directa.

La sanción punitiva en el Derecho del Consumidor se explica por la función de tutela que la Ley N° 24.240 atribuye al Estado, a los efectos de disuadir a las empresas proveedoras de incurrir en conductas reiteradas que lesionen a los bienes jurídicos protegidos por la ley de defensa del consumidor. Por otro lado el “Principio pro Homine” no puede aplicarse a personas jurídicas, que en la gran mayoría de los casos integran como parte la relación de consumo.

La reparación civil hace al interés privado del damnificado pero en ocasiones es insuficiente para preservar al interés público representado por la necesidad de un comportamiento lícito en las relaciones jurídicas. Ello ocurre, por ejemplo, cuando el costo de la reparación no supera el beneficio que se obtiene o podría obtenerse incurriendo en infracción. Ello provoca que muchos proveedores opten por la reparación del daño antes que evitarlo, por resultar más económico.

La defensa del consumidor es una necesidad que surge a raíz de las relaciones asimétricas que el tráfico económico actual impone a los usuarios y consumidores e incluso a terceros ajenos a una relación contractual, como es el caso que analizamos.

En este contexto la autonomía de la voluntad de los consumidores se reduce a su mínima expresión. En materia contractual a intervenir, en el mejor de los casos, en la conclusión del contrato y no en la configuración de los términos del mismo y esta autonomía puede llegar a ser inexistente cuando de manera involuntaria y a raíz de una causal no demostrada, un tercero pasa a integrar una “cartera negociable”.

Lo expuesto justifica la regulación específica del instituto del daño punitivo, constituyendo un desarrollo acorde a lo dispuesto por el artículo 42 de la Constitución Nacional que establece que:

“Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno”. En consecuencia no asiste razón al recurrente en casación cuando impugna la constitucionalidad del “Daño Punitivo”.

En relación al último cuestionamiento cabe destacar que existe una sentencia que el recurrente incumplió. Ignoró que en la misma se deja constancia que el actor no tiene deuda y que por lo tanto debe rectificar su nombre en la lista de deudores. De esta forma incurrió en responsabilidad por su conducta omisiva.

Pero además, realizó acciones positivas y concretas como la constitución de un fideicomiso financiero y la posterior cesión del “deudor” que desnaturalizan la pretensión del recurrente de evadirse de la responsabilidad por el incumplimiento de la sentencia. Tal constitución es inoponible en lo pertinente a las responsabilidades que surgen del referido incumplimiento.

En este contexto se concluye que la sentencia cuestionada en casación es ajustada a derecho por ser procedente la imposición de la multa dispuesta en su resolutive a la demandada, en el marco de lo estatuido por el art. 52 bis de la Ley N° 24.240 (incorporado por la Ley N° 26.361), siendo además el instituto consagrado en el mencionado artículo, ajustado a lo dispuesto por la Constitución Nacional en su art. 42. En consecuencia, corresponde rechazar por improcedente la casación interpuesta por la demandada en contra de la sentencia N° 29 del 28 de febrero de 2012 expedida por la Excma. Cámara Civil y Comercial Común (Sala II) y confirmar la misma en todas sus partes. Todo ello en el marco del art. 762 (CPCCT) con imposición de costas a la vencida en virtud de lo dispuesto por los arts. 105 y 107 (CPCCT).

***El señor vocal doctor Antonio Gandur, dijo:***

Estando de acuerdo con los fundamentos vertidos por el señor vocal preopinante, doctor Daniel Oscar Posse, vota en idéntico sentido.

***El señor vocal doctor Antonio Daniel Estofán, dijo:***

I.- Doy por íntegramente reproducida la relación de antecedentes de la causa contenida en el voto del señor vocal preopinante, doctor Daniel Oscar Posse.

II.- En orden al juicio de admisibilidad, se verifica el cumplimiento de los requisitos de presentación tempestiva, depósito de ley y definitividad de la sentencia recurrida.

En lo concerniente a la existencia de una *quaestio juris*, el recurrente invoca arbitrariedad, y cita doctrina legal de este Tribunal al respecto. El suscripto mantiene el criterio reiteradamente sustentado en anteriores pronunciamientos, entre ellos en sentencia N° 556 de fecha 16/8/2011 recaída in re: “Capozzucu Carlos Ángel vs. Distribuidora Munich s/ Cobro de pesos”. Es que, como allí se dijera, se hace necesario dejar debidamente sentado que la determinación sobre la configuración o no del supuesto vicio de arbitrariedad que se denuncia en el escrito de casación constituye una cuestión que en puridad hace, no ya a la admisibilidad del remedio extraordinario local, sino a su procedencia, y, por ende, es a esta Corte a quien de manera exclusiva compete determinar si los agravios que en tal sentido se formulan tiene entidad suficiente como para invalidar el acto jurisdiccional en cuestión (cfr. CSJTuc., 27/4/2010, “Juárez Juan Carlos y otra vs. Provincia de Tucumán y otro s/ Daños y perjuicios”, sentencia N° 249; 28/10/2010, “Agudo Juan Ángel y otra vs. I.P.S.S.T. s/ Amparo”, sentencia N° 820; 28/10/2010, “Argañaraz, César Mauricio vs. S.A. San Miguel A.G.I.C.I. y F. s/ Despido”, sentencia N° 822; 17/12/2010, “Centro Vecinal Marcos Paz vs. Municipalidad de Yerba Buena s/ Amparo”, sentencia N° 997).

En efecto, tal como vengo sosteniendo desde la Sala en lo Laboral y Contencioso Administrativo de la Corte, la ponderación que el Tribunal de casación hace de la valoración del material fáctico obrante en la causa efectuada por los jueces de grado, resulta objeto propio -ni “ajeno” ni “excepcional”- del recurso extraordinario local, en la medida que se trata de una típica cuestión jurídica, cual es la determinación de la existencia o no de un error in iuris iudicando por parte del órgano a quo (CSJT, 30/6/2010, “Frías Daniel Eduardo vs. Municipalidad de Alderetes s/ Daños y perjuicios”, sentencia N° 487; 03/5/2011, “Serrano Víctor Oscar vs. Minera Codi Conevial S.A. s/ Indemnización por despido”, sentencia N° 223; 03/5/2011, “Maidana Silvia Inés y otra vs. Molina Víctor Hugo, Mothe Fernando y Alderete Alberto s/ Cobro de pesos”, sentencia N° 227; 06/5/2011, “Ismaín Emilio David vs. Tarjeta Naranja S.A.

s/ Cobro de pesos”, sentencia N° 237; 11/5/2011, “Sorairé Julio Roberto vs. Berkley International ART S.A. s/ Cobro de pesos”, sentencia N° 252).

III.- Con relación al juicio de procedencia, y a la imposición de costas, adhiero íntegramente al voto del señor vocal preopinante.

**Y VISTO:** El resultado del precedente acuerdo, la Excma. Corte Suprema de Justicia, por intermedio de su Sala en lo Civil y Penal,

**RESUELVE:**

**I.- RECHAZAR** el recurso de casación interpuesto por la demandada en contra de la sentencia N° 29 del 28 de febrero de 2012 expedida por la Excma. Cámara Civil y Comercial Común (Sala II).

**II.- CONFIRMAR** la sentencia N° 29 del 28 de febrero de 2012 expedida por la Excma. Cámara Civil y Comercial Común (Sala II) en todas sus partes.

**III.- COSTAS** conforme se consideran.

**IV.- RESERVAR** pronunciamiento sobre regulación de honorarios para su oportunidad.

**HÁGASE SABER.**

**ANTONIO DANIEL ESTOFÁN**  
(con su voto)

**ANTONIO GANDUR**

**DANIEL OSCAR POSSE**

**ANTE MÍ:**

**CLAUDIA MARÍA FORTÉ**